TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE
CARRERA 20 No. 8-90 PISO 2 INTERIOR 2
Teléfono 6359097 FAX 6356688

Yopal Casanare, veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013)

Referencia:	**Radicación No. 85-001-3333-002-2012-00010-01**
Medio de control:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
Demandante:	**EDUARDO LÓPEZ LISCANO**
Demandada:	**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**
Asunto:	Reconocimiento del reajuste de asignación de retiro con base en el IPC. Aplicación de la prescripción cuatrienal.

Magistrado Ponente: **JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO**

I. OBJETO

Procede el Tribunal en sala de decisión, atendiendo las prescripciones de los artículos 125 y 243 del CPACA, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor contra el fallo proferido por el Juez Segundo Administrativo del Circuito de Yopal en audiencia inicial celebrada el 05 de agosto de 2013, en el cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II. LA DECISIÓN RECURRIDA

En el fallo recurrido, el a-quo declaró la nulidad del Oficio N° 4116 del 23 de enero de 2012 expedido por la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares y en consecuencia ordenó a la entidad demandada la reliquidación de dicha asignación.

Para adoptar la decisión, el a quo:

1.- Tuvo por probados los siguientes hechos:

a). La Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Resolución N° 0128 de 25 de febrero de 1981, le reconoció asignación de retiro al sargento primero ® Eduardo López Liscano.

b). Esa prestación ha sido reajustada anualmente de acuerdo al principio de oscilación contemplado en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990.

c). El demandante, mediante derecho de petición radicado el 18 de enero de 2012, solicitó liquidación y pago del reajuste de su asignación de retiro de acuerdo con el índice de precios al consumidor para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

d). La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante Oficio N° 4116 de 23 de enero de 2012, negó al hoy accionante la reliquidación deprecada.

2 - Analizó los artículos 14 y 279, el parágrafo 4 de la Ley 100 de 1993 y 1 de la Ley 238 de 1995 y consideró que:

2.1 - Aunque el artículo 279 parágrafo 4 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, excluyó de la aplicación de la misma a los miembros de las fuerzas militares y policía nacional, la Ley 238 de 1995 que la adicionó, señaló que las excepciones consagradas no implican negación de los beneficios y los derechos determinados en los artículos 14 y 142 de la aludida normativa para los pensionados de los sectores por ella contemplados, entre ellos los miembros de las fuerzas militares los cuales en virtud de la Ley 238 tienen derecho a que se les reajuste su pensión teniendo en cuenta la variación porcentual del IPC certificada por el DANE.

2.2.- No es de recibo la especialidad de las normas de la Fuerza pública para negar las pretensiones incoadas a partir de la vigencia la Ley 238 de 1995.

Si bien el sistema de oscilación que se concibe como una prerrogativa para los miembros de la fuerza pública fue consagrado en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 prohíbe a los destinatarios acogerse a normas de otros sectores de la administración, la Ley 238 de 1995 cambió la situación, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional y el Honorable Consejo de Estado, quienes en resumen han dicho que en el evento en que se demuestre que los reajustes consagrados en la norma especial son menos favorables que los establecidos para el reajuste de las pensiones ordinarias según el IPC, debe aplicarse la norma más favorable que para el caso sería el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la aplicación de la prescripción.

2.3.- Encuentra que es aplicable la prescripción cuatrienal por lo que deberá reajustarse el monto de la mesada para los años 1997,1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 siempre y cuando el incremento anual otorgado haya sido menor al IPC. En todo caso este reajuste tendrá como límite lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, es decir, teniendo en cuenta la oscilación de las asignaciones del personal en actividad.

2.4.- Y con base en la anterior argumentación, el juez de instancia declaró:

a. La nulidad del acto demandado por violación de las normas en que debió fundarse y en consecuencia ordenó reconocer la diferencia en el reajuste anual de la asignación de retiro que se realizará por los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

b. Declaró la prescripción cuatrienal de la diferencia de las mesadas según el IPC anteriores al mes de enero de 2008, por ende dispuso que no hay lugar a ordenar pago alguno por dicho concepto conforme lo estipula el Decreto 4433 de 2004, teniendo en cuanta que en la demanda se solicitaba la diferencia de las mesadas para los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

   Sin embargo advierte que dicha decisión no implica la prescripción del derecho al reajuste.

c. Y condenó en costas a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, fijando como agencias en derecho 100 S.M.L.D.V, e impuso multa de 2 SMLMV a su apoderada por la inasistencia a la diligencia.

III. EL RECURSO

La inconformidad del demandante y apelante radica en que en el ordinal tercero del fallo el a quo incurrió en error al negar el pago de las diferencias de reajuste, ya que si las mesadas posteriores al 12 de enero de 2008 no están prescritas estas sí deben ser canceladas.

Argumenta que en la demanda se solicitó el pago de las diferencia del reajuste desde el año 1997 y no 1999 como lo dijo el a-quo, por lo que el juzgado ha debido ordenar el pago de las diferencias de reajuste posteriores al 10 de enero de 2008, posición que apoya en reciente pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado[1]

Indicó que el desconocimiento de los precedentes jurisprudenciales constituye una vía de hecho y citó apartes de la sentencia T- 130 del 24 de febrero de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto sobre la exigencia de la observancia del precedente constitucional y resaltó la vigencia del principio de igualdad.

Y con base en la anterior argumentación solicita se revoque parcialmente el numeral tercero de la sentencia impugnada y en su lugar se condene a la demandada a efectuar el pago de las diferencias que resulten del reajuste ordenado de las mesadas no prescritas, es decir, a partir del 10 de enero de 2008 en adelante de conformidad con las prescripción cuatrienal establecido en el Decreto 1211 de 1990.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

El proceso fue allegado al Tribunal el 9 de septiembre de 2013 y repartido al magistrado sustanciador al día siguiente; se admitió el 12 del mismo mes y año (fls. 3).

En vista de que no se observó necesidad de llevar a cabo audiencia de alegaciones y juzgamiento se corrió traslado a los sujetos procesales para que presentaran alegatos de conclusión y al agente del Ministerio Público para rendir concepto si a bien lo tenía (fl. 6).

La parte actora y el agente del Ministerio Público guardaron silencio.

La apoderada judicial (sustituta) de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares presentó escrito de alegatos de forma extemporánea (Fls.8 a 19 c. 2).

El proceso ingresó al despacho para fallo el veintidós (22) de octubre de 2013 (fl.20 c.2).

V. CONSIDERACIONES

1.- PRONUNCIAMIENTO SOBRE NULIDADES y PRESUPUESTOS PROCESALES

Revisada la actuación surtida hasta el momento, en cumplimiento del control de legalidad establecido en el CPACA[2], no se observan irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado. Por el contrario, se encuentra cumplido el procedimiento previsto en los artículos 162, 247 siguientes y concordantes del CPACA, es decir, se agotó el debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política. Están cumplidos los presupuestos procesales.

---

[1] CE, radicado: 2007-00141, demandante: JAVIER MEDINA BAENA, consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

[2] Artículos 180-5 y 247 – 5 de la Ley 1437 de 2011.

2.- PROBLEMA JURÍDICO

Del análisis del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, con relación a la decisión recurrida, resulta que el problema jurídico a dilucidar en el presente caso es el siguiente:

¿Hay lugar o no a modificar el ordinal tercero del fallo de primera instancia, porque en concepto del apelante, el a-quo incurrió en error al negar el pago de las diferencias de reajuste, ya que si las mesadas posteriores al 12 de enero de 2008 no están prescritas deben ser canceladas?

Para resolverlo debemos considerar lo siguiente:

2.1.- Lo probado

Como quiera que el a-quo, con base en las pruebas aportadas en forma regular y oportuna al proceso, debió haber establecido cuales fueron los incrementos prestacionales realizados al actor durante el tiempo en que reclama la reliquidación, a fin de establecer con base en los índices del IPC las diferencias, esta Corporación debe suplir esa deficiencia con los siguientes resultados:

AÑO	PORCENTAJE CANCELADO	PORCENTAJE VARIACIÓN IPC	PORCENTAJE A INCREMENTAR
1997	27.38%	21.63%	No hay lugar a pago por no existir diferencia negativa
1999	14.91%	16.70%	1.79%
2001	5.85%	8.65%	2.8%
2002	4.99%	7.65%	2.66%
2003	6.22%	6.99	0.77%
2004	5.38%	6.49%	1.11%

Como se observa en el cuadro que antecede, efectivamente resultan diferencias positivas en las mesadas de asignación de retiro del actor durante los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

2.2. Régimen pensional de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional

En este acápite plantearemos una reseña normativa sobre las disposiciones que en materia pensional aplica a la Fuerza Pública y Policía Nacional; seguidamente se analizará la aplicación de la prescripción en el régimen especial de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional prevista en los Decretos 1211 y 1212 de 1990 y 4433 de 2004 y finalmente os incrementos de la asignación de retiro con base en el IPC, aplicado al caso concreto.

2.2.1. La Ley 100 de 1993 en su artículo 14 regula los incrementos anuales de pensiones, disponiendo que se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, y que las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.

Esta disposición inicialmente no era aplicable a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, pues el artículo 279 de la Ley 100 expresamente los excluía al disponer que el Sistema Integral de Seguridad Social contenido en ella no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la Ley 100.

Sin embargo, la Ley 238 de 1995 varió totalmente esa situación, pues su artículo 1, que pasó a conformar el parágrafo 4 del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:

> *"Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta Ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados"*

Y el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 precisamente trata de los incrementos en materia pensional.

Por ende, si al personal retirado de la Fuerza Pública y la Policía Nacional se incrementa su asignación de retiro o pensión, en un menor valor respecto de la variación del IPC del año inmediatamente anterior, hay violación de normas superiores, pues se desconocen los artículos 14 y 279 de la Ley 100, en concordancia con el artículo 1° de la Ley 238 de 1995, y por contera los artículos 1, 2, 4, 13, 48 y 53 de la Constitución Política.

En efecto, dentro de nuestro Estado Social de Derecho la dignidad humana prevista en el artículo 1° de la Carta Política es quizá el principal derecho fundamental, y al no cancelarse en su totalidad una asignación de retiro, indudablemente que la afecta, pues aunque la dignidad no es equivalente a asignación de retiro, lo cierto es que con esta se satisfacen muchas de las cosas que hacen que la vida sea digna.

De igual manera resulta conculcado el artículo 2 ibídem, pues según él, las autoridades de la República están instituidas para garantizar a todas las personas sus derechos, entre los cuales se encuentran los derechos laborales (artículo 25) y las pensiones (artículo 48).

Así mismo resultan infringidos los artículos 4, 13 y 53, pues si la Ley ha dispuesto que el incremento de las pensiones no puede ser inferior a la variación del IPC del año inmediatamente anterior, y tal precepto se aplica únicamente a unos y no a los beneficiarios de la asignación de retiro, el principio de igualdad resulta conculcado. Pero si alguna duda hubiere entre esta Ley (artículo 279 de la ley 100, con la modificación hecha por la ley 238 de 1995) y la Ley 4 de 1992 que es la que supuestamente aplicó la entidad demandada para negar la petición del actor, debe darse aplicación al principio de favorabilidad en materia laboral previsto en el artículo 53 de la Constitución, so pena de infringir también el artículo 4 del mismo estatuto, según el cual en caso de infracción manifiesta entre una norma constitucional y otra legal, debe aplicarse aquella.

El H. Consejo de Estado, en reciente sentencia[3] hizo similares planteamientos a los antes esbozados para revocar una sentencia del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca sobre un caso similar al que nos ocupa, lo que igualmente respalda nuestras consideraciones.

---

[3]Sentencia del 17 de mayo de 2007, sección Segunda, M.P JAIME MORENO GARCIA, expediente 8784-05, accionante: José Jaime Tirado Castañeda

2.2.3. Este Tribunal, al analizar otro recurso incoado por la entidad accionada, consideró los argumentos de la apelante en los términos que se indican a continuación, que por existir analogía estrecha con el caso que se analiza, mantienen plena validez y por tal razón simplemente se trascribe:

> *"La Sala debe precisar que no está en discusión la especialidad del régimen de pensiones (asignación de retiro) de los militares; son superfluas las densas explicaciones de la parte pasiva orientadas a convencer acerca de lo que es obvio.*
>
> *Se agrega que esa especie de test de ponderación que se ha propuesto entre los principios de oscilación, de favorabilidad y de igualdad es una falacia porque no son excluyentes, pues si se reduce la comparación a sus exactos términos lógicos y jurídicos, podrá entenderse en la jurisprudencia de cierre que: 1) el de oscilación ofreció una solución legislada legítima desde 1990 (Decreto 1211) hasta 1995 (Ley 238) y por voluntad del sistema de fuentes, se retomó a partir del 2004 (Ley 923 y Decreto 4433), de manera que el conflicto está acotado en el tiempo; 2) el de igualdad supone que los retirados se comparen entre sí, en sus diversos grados, pero no en todos los periodos necesariamente con quienes están en actividad, porque la ley levantó transitoriamente la restricción que originalmente había consagrado el art. 279 de la Ley 100 de 1993; y 3) la prohibición que contenía el Decreto 1211 de 1990 (art. 169), respecto de combinar beneficios de los dos sistemas de pensiones, no es de rango constitucional, fue suprimida por el legislador en 1995 (Ley 238) y restablecida en el 2004 (Ley 923 y Decreto 4433) por normas del mismo rango y origen.*
>
> *De ahí que la opción interpretativa que los jueces han aplicado siguiendo mayoritariamente la línea del Consejo de Estado está bien fundada en el ordenamiento; dispone la aplicación legítima de la solución que introdujo el Congreso en 1995 (Ley 238) y se extingue en sus efectos a partir de la vigencia del Decreto 4433 de 2004, sin que pueda infundadamente atribuirse a la judicatura haber desbordado sus competencias funcionales: el problema existe porque la administración se ha rebelado contra la ley y pretendido desconocer la jurisprudencia; los jueces constatan esa realidad y deducen consecuencias. Y no están para ponderar si esa disposición conviene a las autoridades ejecutivas, si desestimula a un sector o estimula a otro de la Fuerza Pública: el principio democrático impone que esa discusión deba darse en el Congreso o en el sanedrín del Gobierno, no en el estrado judicial."*[4]

2.2.4. En el año 2004 se expidió la Ley 923, que fue publicada en el Diario Oficial No. 45.777 de diciembre 30 de esa anualidad, con vigencia a partir de la fecha de su promulgación.

A través de ella, se señalaron las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

En su artículo 2 se determinó que:

> *"Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:*

---

[4]Tribunal Administrativo de Casanare. Sentencia del 10 de febrero de 2011., M.P. Néstor Trujillo González, radicación 850013331002-2009-00217-01, Accionante: LUIS CARLOS VALDERRAMA RESTREPO, Demandado: CREMIL

2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.
2.2. La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal.
2.3. Los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública aplicando el principio de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones, y sus responsabilidades.
2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas.
2.5. Los recursos que se recauden por aportes que se hagan para la asignación de retiro en la Fuerza Pública y sus rendimientos se destinarán en forma exclusiva al pago de asignaciones de retiro y sustituciones pensionales.
2.6. El manejo, inversión y control de los aportes estarán sometidos a las disposiciones que rigen para las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida y a la inspección y vigilancia del Estado.
2.7. No podrá discriminarse por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución.
El tiempo de servicio exigido para tener derecho a la asignación de retiro será establecido en igualdad de condiciones para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Miembros del Nivel Ejecutivo que ingresen a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.
2.8. No podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal."

La misma ley en su artículo 5 dispuso que *"Todo régimen pensional y/o de asignación de retiro del personal de la Fuerza Pública, que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley, carecerá de efecto y no creará derechos adquiridos".*

El Gobierno Nacional, con base en las previsiones de la Ley 923, expidió el Decreto 4433 de 2004, a través del cual se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, del cual debemos resaltar dos normas que resultan fundamentales para el caso que nos ocupa:

"ARTÍCULO 42. OSCILACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO Y DE LA PENSIÓN. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

ARTÍCULO 43. PRESCRIPCIÓN. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se

destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso."

Como se observa, el artículo 42 del referido decreto, vuelve al principio de oscilación en la forma cómo lo hacían los Decretos 1211 y 1212 de 1990 y anteriores, con lo cual resulta modificado lo establecido en la Ley 238 de 1995 en cuanto a la Fuerza Pública, de la cual hace parte la Policía Nacional, acorde con la previsión del 216 de la Constitución Política.

2.3. De la prescripción

Los Decretos Leyes 1211 (artículo 174), 1212 (artículo 155), 1213 (artículo 113) y 1214 (artículo 129), todos del año 1990, establecieron una prescripción de 4 años para los emolumentos laborales de los miembros de la Fuerza Pública, la Policía Nacional, y el Ministerio de Defensa y personal civil que presta sus servicios en él, así como en la Policía Nacional, la Justicia Penal Militar y su Ministerio Público.

A raíz de la expedición del Decreto 4433 de 2004, que redujo el término de prescripción de esos emolumentos salariales y prestacionales de 4 a 3 años, este Tribunal profirió algunas sentencias en que se tuvo en cuenta para efectos de prescripción el término de 3 años. Sin embargo, este enfoque fue modificado por la Sala Plena de esta Corporación en sentencia de 7 de mayo de 2013[5], teniendo en cuenta dos sentencias del Consejo de Estado[6] y que el Decreto 4433 de 2004 es de inferior jerarquía respecto de los tres Decretos Leyes mencionados. Por ende se volvió a tener en cuenta la prescripción de 4 años para emolumentos salariales y prestacionales de los miembros de la Fuerza Pública, la Policía Nacional y el personal civil que labora en el Ministerio de Defensa, en la Policía Nacional, en la Justicia Penal Militar y sus agentes del Ministerio Público.

2.4 La inconformidad del recurrente

Tal como quedó planteado en el problema jurídico, la discrepancia del recurrente respecto de la sentencia apelada radica en que, en su concepto, el a- quo incurrió en error al negar el pago de las diferencias de reajuste en la asignación de retiro del actor solicitadas en la demanda, puesto que las mesadas posteriores al 12 de enero de 2008 no están prescritas y por lo mismo debió ordenarse su cancelación. Veamos:

2.4.1 En la demanda, además de la nulidad del acto acusado y el incremento de la asignación de retiro del demandante durante los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, solicitó:

"3. *Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de 1997 en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado.*
4. Ordenar el pago de los interese moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados (precitados) en los numerales anteriores a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados

[5] Tribunal Administrativo de Casanare. Magistrado ponente Néstor Trujillo González. Radicado 850013333001-2012-00008-01
[6] El Consejo de Estado, Pleno de la Sección Segunda, juzgó un aparte de dicho Decreto 4433 en sentencia del 12 de abril de 2012, ponente Alfonso Vargas Rincón, radicados 11001-03-25-000-2006-00016-00(0290-06) y 11001-03-25-000-2007-00049-00(1074-07). En ese fallo se anuló el parágrafo 2° del artículo 25 por desbordar los límites de la potestad reglamentaria.

en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A (Sentencia C-188 de 1999, expediente 2191 del 24 de maro de 1999)

2.4.2. En la sentencia apelada el juez dispuso sobre el particular:

"***SEGUNDO:*** *Como consecuencia de la nulidad declarada y a título de restablecimiento del derecho,* ***CONDENAR*** *a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reconocer al señor EDUARDO LÓPEZ LISCANO, identificado con la cédula de ciudadanía número 17.141.529 de Bogotá la diferencia en el reajuste anual de su asignación de retiro, que se realizará por los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, sin perjuicio de la prescripción cuatrienal de las respectivas diferencias de mesadas pensionales, teniendo en cuenta el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, debidamente ajustado su valor, con aplicación de la fórmula dicha hasta el reajuste pensional del Decreto 4433 de 2004 en consonancia con lo señalado en los considerandos de esta providencia.*

TERCERO: *Declarar la* ***PRESCRIPCIÓN*** *(cuatrienal) de las diferencias de las mesadas según el IPC anteriores al mes de enero de 2008 conforme se indicó precedentemente; en consecuencia, se precisa que no hay lugar a ordenar pago alguno por dicho concepto (Decreto 4433 de 2004), teniendo en cuenta que en la demanda se solicitaba la diferencia de las mesadas para los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.*

No obstante lo anterior se advierte que dicha decisión no implica la prescripción del derecho al reajuste"

2.4.3 Cuando se analizan las pretensiones, más concretamente la tercera, que se transcribió en el numeral 2.4.1, con relación lo ordenado en el fallo para restablecer el derecho reclamado, se encuentra lo siguiente:

a) Lo que prescribe es la diferencia en las mesadas de asignación de retiro del actor y por lo mismo es correcta la decisión plasmada en el ordinal segundo del fallo recurrido, en cuanto declaró que no había lugar al pago de diferencia alguna en las mesadas correspondientes a los años 1997,1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

b) El derecho a solicitar el reajuste de una pensión es imprescriptible. En consecuencia, el derecho a reclamar el reajuste del porcentaje de diferencia en la base de liquidación que se dieron a partir del año de 1999, se pueden reclamar en cualquier tiempo; sin embargo, en el presente caso, el reajuste solo debe realizarse hasta el 31 de diciembre del año 2004 si se tiene en cuenta que acorde con las previsiones de la Ley 923 de 2004 y el Decreto Ejecutivo 4433 del mismo año, los miembros de la Fuerza Pública no pueden acogerse a ningún otro régimen salarial o prestacional diferente al de ellos, salvo lo que expresamente establezca la ley.

c) En lo que se refiere al monto de la asignación de retiro de que es beneficiario el demandante posterior al 1 de enero de 2005, está sujeta a la aplicación del porcentaje correspondiente al cargo de un sargento primero con relación al salario del cargo de general según lo dispuesto en los decretos de incrementos de salarios para miembros de la Fuerza Pública y

el principio de oscilación.[7]Y ello no puede ser de otra manera por las siguientes razones:

i. Desde mucho tiempo antes de la vigencia de los Decretos 1211 a 1214 de 1990, las asignaciones de retiro y pensiones de los miembros de la Fuerza Pública se sujetan al principio de oscilación.
ii. La Ley 238 de 1995 varió ese principio hasta la vigencia de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo año, cuando volvió a operar plenamente el principio de oscilación.
iii. Si bien es cierto que la aplicación de la Ley 238 de 1995 incrementó los porcentajes de las asignaciones de retiro y las pensiones de miembros de la Fuerza Pública en algunos casos, la base siguió siendo la misma: LAS PARTIDAS CORRESPONDIENTES AL CARGO DESEMPEÑADO POR EL MIEMBRO DE LA FUERZA PÚBLICA AL MOMENTO DE SU RETIRO, COMPUTABLES Y VIGENTES EN TODO TIEMPO.

iv. En consecuencia, desaparecida la fuente que daba lugar al incremento del porcentaje con base en el IPC, debe volver a aplicarse el principio de oscilación a plenitud.

Resta observar que un régimen especial no puede ser menos beneficioso que el régimen general; por ende, en caso de que algún miembro de la Fuerza Pública resulte más beneficiado por el último que por el régimen especial, tiene derecho a la aplicación del principio in dubio pro operario o condición más beneficiosa, pero ese no es caso que nos ocupa.

Adicionalmente debe indicarse que tal como lo señaló el a quo en el fallo apelado, no hay lugar al pago de suma alguna por diferencia de las mesadas, si se tiene en cuenta que la petición fue presentada el 18 de enero de 2012 y que en consecuencia se encuentran prescritas las anteriores al 18 de enero de 2008, razones más que suficientes para confirmar la providencia recurrida.

3.- COSTAS

Esta materia se encuentra regulada actualmente en el artículo 188 del CPACA, que remite al C.P.C., estatuto que fija las reglas sobre el asunto en su artículo 392. Con anterioridad a la Ley 1437 de 2011, este aspecto se encontraba reglado en artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 171 del C.C.A.

Pareciera que la primera norma mencionada en el párrafo anterior varió la concepción que traía el último artículo citado, que limitaba la codena en costas a aquellos casos en que ameritara imponerlas en consideración a la conducta de las partes, por la concepción de que quien pierde la instancia u otro acto procesal, inexorablemente debe asumir la condena al pago de costas.

Sin embargo, en un Estado de Derecho como el que prevé nuestra Constitución (artículo 1 C.P.) esa concepción absolutista va en contra de varios principios, especialmente el de acceso a la administración de justicia y el de gratuidad. Por tal motivo, a juicio de la Sala y siguiendo el criterio finalista de interpretación de las normas jurídicas, resulta más razonable ponderar en cada caso la actividad de las partes para deducir de allí si hay lugar o no a condena en costas, teniendo en cuenta, por ejemplo, la conducta temeraria de la parte, si ella resulta dilatoria en la interposición de un recurso la proposición o trámite de un incidente, o el

[7] Debe recordarse que los incrementos salariales para la fuerza pública desde 10 años atrás están contenidos en los Decretos 3552 de 2003, 4158 de 2004, 923 de 2005, 407 de 2006, 1515 y 2863 de 2007, 673 de 2008, 737 y 3343 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 842 de 2012 y 1017 de 2013.

fundamento mismo de los actos procesales, pues algunos no son serios sino caprichosos, arbitrarios o algo similar.

Esa interpretación resulta incluso de la acepción "disponer" que utiliza el artículo 188, pues ella significa no la imperiosa condena en costas en caso de pérdida del proceso, incidente u otro acto procesal, sino un análisis fáctico jurídico que conlleve a la justicia, que al fin de cuentas es el objetivo último del derecho y de las decisiones judiciales.

Bajo estos presupuestos analizaremos a continuación lo relacionado con la condena en costas en primera y segunda instancia, así:

3.1 De primera instancia

No obstante que hubo condena en costas por parte del a-quo, la sentencia no fue recurrida por la parte demandada.

3.2 De segunda instancia

En lo que se refiere a las costas durante la segunda instancia, teniendo en cuenta que la conducta de la parte demandante y apelante se establece que su proceder en ningún momento fue dilatorio o de mala fe, pues se limitó a ejercer los derechos que le otorga la ley, razones que impiden imponer una condena de esta naturaleza.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Casanare,

RESUELVE:

PRIMERO: **CONFIRMAR** el fallo recurrido en lo que fue materia de apelación por las razones indicadas en la parte considerativa. Lo demás permanecerá incólume.

SEGUNDO: **RECONOCER** personería a la doctora LINA MARÍA GUERRERO MACIAS, identificada con cédula de ciudadanía número 36.308.164 y T.P 163.226 del C. S. de la J., en calidad de apoderada sustituta de la parte demandada para los efectos y con las facultades del poder conferido.

TERCERO: No **CONDENAR** en costas en esta instancia.

CUARTO: **ORDENAR** devolver la actuación al Despacho de origen, una vez cumplido lo ordenado en el numeral anterior. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO
Magistrado

NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ
Magistrado

HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL
Magistrado